



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MAYARA UTIYAMA

O Direito Penal e a disseminação de *fake news* pelos meios de comunicação em massa: a possível tipificação da conduta e suas implicações

Brasília

2019

MAYARA UTIYAMA

O Direito Penal e a disseminação de *fake news* pelos meios de comunicação em massa: a possível tipificação da conduta e suas implicações

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Gabriel Haddad Teixeira

Brasília

2019

MAYARA UTIYAMA

O Direito Penal e a disseminação de *fake news* pelos meios de comunicação em massa: a possível tipificação da conduta e suas implicações

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Gabriel Haddad Teixeira

BRASÍLIA, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho à minha família, que é minha base e meu alicerce. São as pessoas que fazem eu nunca desistir de correr atrás dos meus sonhos.

.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pois com a fé Nele é que consegui persistir no sonho de ter uma graduação. Por me guiar sempre pelos melhores caminhos e iluminar sempre minha trajetória. A Ele devo toda honra e glória da conclusão do curso de Direito; aos meus pais que tiveram paciência e me deram todo apoio necessário para que pudesse honrar com todos os compromissos durante o curso, nunca deixando o amor e o carinho de lado; ao meu querido irmão por ter me incentivado e me acompanhado em vários momentos de estudo durante a trajetória do curso, dividindo momentos de alegrias e angústias; aos meus amigos pela compreensão, pela força e por todos os conselhos repassados; ao meu professor orientador por sua inteira disponibilidade em ajudar na construção desse trabalho; e por fim, agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para a concretização dessa etapa, que é parte da realização de uma grande conquista.

*Uma mentira dá uma volta inteira
ao mundo antes mesmo de a
verdade ter oportunidade de se
vestir.* Winston Churchill

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a questão relativa à possível criminalização do ato de disseminar notícias e informações falsas, estas que são mais conhecidas como *fake news*, através dos meios de comunicação em massa. Para tanto, apresenta as funções do Direito Penal, as funções da pena e a definição do bem jurídico tutelado, demonstrando a delimitação do que seja crime, de que forma o Direito Penal atua em frente a condutas delitivas e o bem jurídico relevante para a interferência penal. Define também a criminologia midiática, como surgiu e sua aceitação pela sociedade, trazendo a percepção da interferência que os meios de comunicação em massa causam em relação à seletividade penal e a sensação de urgência gerada na sociedade por um poder punitivo. Relaciona também a expansão do Direito Penal frente à criminologia midiática, atrelando ambos a uma sociedade integrada em um sistema de influências jurídicas e sociais. Assim, relaciona a criminologia midiática com o aparecimento das *fake news*, à influência destas nos ambientes políticos e sociais, sua possível criminalização, apresentando argumentos favoráveis e contrários a essa regulamentação. Na elaboração do presente trabalho, foi utilizado o método de estudo bibliográfico juntamente com o método explicativo.

Palavras-chave: *fake news*; criminologia midiática; seletividade penal

SUMÁRIO

SUMÁRIO	7
INTRODUÇÃO	8
1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL, FUNÇÕES DA PENA E O BEM JURÍDICO.....	11
1.1 Bem jurídico e a internet.....	15
1.2 Relações do Direito Penal e a mídia no Brasil	17
2 CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA – A ACEITAÇÃO DA CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA PELA SOCIEDADE E A SELETIVIDADE PENAL CRIADA PELA MÍDIA	19
2.1 A criminologia midiática e a expansão do Direito Penal no Brasil	22
2.2 Os princípios jurídicos e o populismo penal: a relação com a seletividade penal midiática	24
3 O FENÔMENO DAS FAKE NEWS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO CONTEXTO SOCIAL.....	27
3.1 O tratamento jurídico das <i>fake news</i> pelo mundo	31
3.2 A criminalização ou não das <i>fake-news</i> e a disseminação de informação nos ambientes virtuais - Internet.	32
3.2.1 Argumentos favoráveis à criminalização das <i>fake news</i>	35
3.2.2 Argumentos contrários à criminalização das <i>fake news</i>	37
4 CONSIDERAÇÕES FINAIS	42
BIBLIOGRAFIA	44

INTRODUÇÃO

A comunicação social sofreu diversas mudanças ao passar dos anos, mudando também a interação entre os indivíduos dentro de uma sociedade. A necessidade de se comunicar e de buscar conhecimento fez com que o ser humano desenvolvesse meios facilitadores para tanto, diminuindo a distância e maximizando o tempo, criando assim o ambiente virtual de interação, tendo como meio facilitador de propagação a internet.

A internet tem se tornado uma aliada para propagação de informações e aproximação das sociedades de uma forma geral. Para tanto, criam-se relações de proximidade, sem de fato as pessoas estarem próximas, e também situações que, às vezes, não existem. Dessa forma, a internet cria um ambiente livre para propagação de ideias e notícias acerca de diversos assuntos, podendo ser estes verdadeiros ou falsos. Assim, o ambiente virtual torna-se um espaço altamente democrático onde é possível exercer a liberdade de expressão, com acesso rápido às informações e também a livre propagação. A possibilidade de se criar notícias e informações fantasiosas e até mesmos mentirosas, pode extrapolar os limites do exercício do direito fundamental e adentrar na esfera da violação de direitos, causando danos à coletividade.

Assim, o presente trabalho tem como objeto as chamadas *fake news* ou notícias falsas, estas que surgem com a intenção de serem amplamente divulgadas mesmo com o conhecimento do seu conteúdo inverídico. A prática de disseminar conteúdos falsos é considerada danosa, pois, tem o poder de influenciar e manipular pensamentos e ideias, interferindo no convívio social por adentrarem no campo dos bens jurídicos tutelados.

O objetivo é relacionar o Direito Penal com o aparecimento e crescimento da criminologia midiática e demonstrar a influência das *fake news* no convívio social com a questão criminal. Especificamente, quanto à questão da criminalização ou não da conduta de disseminar informações falsas pelos meios de comunicação em massa, suas implicações diante da realidade do Direito Penal no Brasil e sua relevância dentro do ordenamento jurídico.

A discussão acerca da criminalização ou não das *fake news*, está elencada no fato da existência do crescimento da propagação das informações no ambiente da internet. O

problema é que as questões vão além de assuntos que envolvem apenas o indivíduo como ser único no mundo que habita, partindo para a ideia do mundo coletivo, onde tais informações ou notícias falsas podem afetar um grupo de pessoas ou até mesmo uma nação inteira, no caso de propagação de informações, por exemplo, acerca de temas políticos-eleitorais. Dessa forma, a discussão do tema é relevante para averiguar a problemática acerca da criação ou não de norma específica para punir a prática da disseminação de informações e notícias falsas pelos meios de comunicação em massa, principalmente pelo ambiente virtual, apresentando respostas ao tema que ainda é controverso no ordenamento jurídico brasileiro. Há controvérsias que pairam acerca da delimitação do tema, visto que criminalizar a conduta de disseminação de notícias falsas ou adotar medidas que visam coibir a prática, pode afetar o direito fundamental à liberdade de expressão, direito este elencado na Constituição Federal.

Para tanto, o trabalho conterà três capítulos. O primeiro deles apresentará as funções do Direito Penal, e as funções da pena, e abordará também a definição de bem jurídico, para melhor percepção da aplicação das normas no ordenamento jurídico brasileiro. Será abordada também a relação do bem jurídico tutelado e a internet, pois, com o avanço dos meios de comunicação, é relevante reconhecer também os crimes informáticos e assim, a relação do Direito Penal com a mídia no Brasil, com o aumento da divulgação e propagação de informações e notícias falsas pelos meios de comunicação em massa.

O segundo capítulo abordará a questão da criminologia midiática e sua aceitação pela sociedade, isto é, a absorção das informações repassadas pelos meios de comunicação em massa pelos indivíduos. Apresenta também a seletividade penal criada pela mídia, e como essas informações criam na sociedade uma sensação de urgência quanto a responsabilidade do poder punitivo estatal. Com a urgência de resposta pela sociedade, será apresentado também a relação entre os princípios jurídicos e o populismo penal, este que influencia diretamente na seletividade penal midiática.

O terceiro capítulo definirá o que são as *fake news* e como estas podem ter influência quando adentram no âmbito político, ou até mesmo, quanto à saúde pública. Assim, o capítulo examinará também a possível criminalização da divulgação de notícias e informações falsas através dos meios de comunicação em massa, fazendo uma relação com os princípios constitucionais envolvidos na tipificação da conduta como crime e a necessidade do combate criminal às *fake news*, expondo assim, argumentos favoráveis e contrários a criminalização.

O trabalho será realizado a partir do método explicativo, pois visa explicar um fenômeno recente existente e apresentar soluções para a problemática aparente. Para tanto, será utilizado pesquisa bibliográfica à artigos acadêmicos, doutrinas, dissertações, teses, bem como à sites da internet e notícias divulgadas.

Devido o tema ser atual e por se tratar de algo que não é fundamentado em nosso ordenamento jurídico, a proposta é, após a análise do material coletado, estabelecer um posicionamento acerca do tema, a fim de contribuir para o meio jurídico e para a sociedade.

1 FUNÇÕES DO DIREITO PENAL, FUNÇÕES DA PENA E O BEM JURÍDICO

Para a delimitação do conceito de crime dentro do ordenamento jurídico brasileiro, é necessária a compreensão da definição de bem jurídico tutelado através de seus critérios de delimitação. Para tanto, utilizam-se dados históricos acerca da delimitação crítica da intervenção penal, pois, devido ao crescimento social e, conseqüentemente, sua complexidade, é necessária a afirmação da legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito.

Para o Direito Penal, “Não há crime quando a conduta não tiver oferecido ao menos um perigo concreto, real, efetivo e comprovado de lesão ao bem jurídico.” (CAPEZ, 2017, p.70)

Para a análise do que pode ser penalizado ou não, o critério “comportamento” e sua qualidade devem ser considerados, visto que esse ponto sempre será um problema central não somente para o legislador quanto para a Ciência do Direito Penal, para se dizer o que deve ser penalizado ou não pelo Estado. Porém, a penalização de um comportamento vai além da discricionariedade do legislador, necessitando assim de uma legitimação maior, não podendo esse penalizar algo porque não gosta. (ROXIN, 2009)

Assim, temos o Código Penal com as leis penais, em que, a interpretação manifesta das mesmas, pode realizar sua mais importante função de conter e reduzir o poder punitivo. Assim, Raúl Zaffaroni utiliza de uma metáfora para exemplificar a atuação da Ciência do Direito Penal:

O saber (ou ciência) do direito penal deve operar como dique de contenção das sujas e turbulentas águas do estado de polícia, para impedir a submersão do estado de direito. Situadas em nível superior ao do estado de direito, tais águas represadas ameaçam ininterruptamente vazar por sobre o dique. Entre a abertura total das comportas, que afogaria o estado de direito, e a plena acumulação do volume das águas, que levaria ao mesmo resultado pela ruptura do dique ou pela ultrapassagem de seu nível, cabe uma operação *seletiva* que deixe escoarem-se as águas menos sujas e procure abrandar as mais turbulentas. A metáfora do dique nos permite constatar que, se o poder punitivo distribui sua violência seletivamente, a contenção redutora que lhe opõe o direito penal também se exerce seletivamente. (ZAFFARONI, 2010, p. 20)

Assim, para existir a atuação do Direito Penal, terá de existir uma exteriorização de conduta delitiva, com efetivo ataque a interesse social relevante, isto é, um perigo real ao bem

jurídico tutelado. (CAPEZ, 2017, p.70). O princípio que rege tal fundamento é o princípio da ofensividade, princípio este que considera inconstitucionais os “delitos de perigo abstrato”, pois segundo Capez (2017, p. 70) “não há crime sem comprovada lesão ou perigo de lesão a um bem jurídico.” Assim, impende destacar que a função da ofensividade é delimitar a ação estatal, a fim de que não haja proibição penal sem que tenha havido ofensa direta a bens jurídicos.

A legislação penal em si não cria bens jurídicos, sendo estes criados pela Constituição Federal, pelo direito internacional que nela contém e pela legislação civil, comercial, administrativo e etc. com ela compatível. A lei penal pode demarcar alguma ação que ofenda o bem jurídico de alguma forma, recebendo assim o direito penal o bem jurídico já tutelado, cabendo a este um “castigo” para certas formas já bem demarcadas e isoladas, mesmo que por força obrigacional constitucional. (ZAFFARONI et al., 2010)

Como meio de respaldo, o bem jurídico tutelado deve estar, mesmo que implicitamente, na ordem constitucional, sob pena de faltar-lhe a dignidade jurídica, “uma vez que na Constituição estão inscritos os valores supremos da sociedade que a editou.” (SILVA, 2013, p. 69).

Contudo a necessidade de proteção aos bens jurídicos está ligada às funções essenciais do Estado Democrático de Direito, considerando que o próprio Estado está preocupado em proteger os direitos fundamentais consagrados pela sociedade. (SILVA, 2013).

Assim, Silva complementa:

[...] Diante disso, Wilson Liberati (2000, p. 160) destaca que: “o bem jurídico escolhido pela sociedade representa a base existencial do sistema de penas de qualquer Estado, transformando-se num instrumento limitador da intervenção estatal [...] com a identificação de objetos concretos de tutela penal, tornando-se ele a ratio e o próprio conteúdo da tutela penal [...]”(SILVA, 2013, apud LIBERATI, 2000, p. 159)

Silva (2013) então conclui que a atividade do poder-dever estatal de punir o indivíduo somente se justifica se estiver atrelado a tutelar criminalmente valores, estes conhecidos como bens jurídicos, fundamentais a convivência social, pacífica e harmônica dos indivíduos inseridos no meio social.

O Direito Penal então pode ser entendido “como um conjunto normativo destinado à tutela de bens jurídicos, isto é, de relações sociais conflitivas valoradas positivamente na sociedade democrática.” (CAPEZ, 2017, p.70). Dessa forma, caberá a intervenção do direito penal caso haja um ataque concreto e efetivo a um bem jurídico, com real afetação e um mínimo de relevância social. Também pode-se ser entendido como Direito Penal, segundo Nucci:

[...] É o conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado, instituindo infrações penais e as sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação. Embora a sua definição se concentre nos *limites* do poder punitivo, significando um enfoque voltado ao Direito Penal Democrático, não se há de olvidar constituir o ramo mais rígido do Direito, prevendo-se as mais graves sanções viáveis para o ser humano, como é o caso da privação da liberdade. (NUCCI, 2018, p. 3):

O Direito Penal difere das outras matérias do ordenamento jurídico brasileiro pois este traz em sua natureza, normas proibitivas de comportamentos através da aplicação de penas públicas. Para tanto, relaciona-se a aplicação dessas normas às funções do Direito Penal, em que há uma indagação quanto à função de proteção de bens jurídicos e a função de prevenção de delitos.

A partir da escolha do bem protegido pela norma, escolhe-se a matéria de fato proibida, pois, a lesividade da conduta e o resultado é que legitimam a proibição. Há de se identificar os bens ou interesses, de importância relevante de valores positivados no ordenamento jurídico, para garantir a proteção de tais bens. A partir da identificação dos bens protegidos, visa-se então a coibir a prática de eventos danosos, com a função de prevenção, implicitamente, de comportamentos e resultados. (PACELLI; CALLEGARI, 2018).

O bem jurídico então colocado em um primeiro plano de relevância é importante e necessário, pois a intervenção penal será legitimada a intervir quando orientado exclusivamente à proteção de um bem jurídico penal. Para Silva:

[...] pode-se afirmar que o bem jurídico-penal constitui-se como limite e, simultaneamente, fundamento para a intervenção penal. Portanto, a concepção e definição de bem jurídico assumiu uma dimensão fundante da intervenção penal, já que funciona como fundamento e limite da legitimidade do Direito Penal. (SILVA, 2103, p. 74)

Assim, no preceito primário da norma encontra-se a proibição, e no secundário, a aplicação da pena, conforme Pacelli e Callegari:

No outro nível da proibição de condutas e, assim, do âmbito de aplicação da norma incriminadora, se encontra a pena pública criminal, ou o preceito secundário da norma, sua sanção. A proibição contém o preceito primário (matar alguém, por exemplo), enquanto a pena se impõe como o preceito secundário, a fim de garantir a eficácia da proibição. (PACELLI; CALLEGARI, 2018, p. 21).

Embora nosso ordenamento jurídico utiliza-se da norma coercitiva para reprimir a prática de comportamentos delituosos, a escolha da imposição da sanção penal não pode ser arbitrária, devendo esta estabelecer uma sintonia com as disposições gerais no âmbito constitucional do ordenamento jurídico, conforme já mencionado anteriormente. Assim, no Estado de Direito a coerção penal não deve estar ligada somente na eficácia da norma proibitiva. Assim “Ela deve *também* cumprir uma finalidade socialmente justificada, segundo assim se delibere no campo da política criminal. Essa função, modernamente, em tempos mais recentes, é a de prevenção de novas infrações.” (PACELLI; CALLEGARI, 2018 p. 20)

Para melhor abordagem da relação das penas com os bens jurídicos tutelados, precisa-se estabelecer então a definição do que seria o bem jurídico na esfera penal. Para Pacelli e Callegari “bem jurídico da proteção penal, por tudo isso, há de ser aquele de maior relevância ou importância para a comunidade jurídica, tendo em vista o caráter gravoso de suas sanções [...]” (PACELLI; CALLEGARI, 2018 p.24). Porém, os autores deixam claro que a relevância exposta não diminui os interesses individuais. Apenas esclarece que há bens jurídicos que somente podem ser compreendidos de maneira coletiva ou difusa.

Para ensejar a aplicação da pena, também é necessário buscar o conhecimento acerca do bem jurídico envolvido nos casos concretos, a fim de apurar se houve de fato a lesão, ou, se mantém preservado, sem que haja a necessidade a movimentação do Estado para apurar a punição. Para exemplificar, Nucci destaca:

Exemplo disso é o emprego do princípio da insignificância (crime de bagatela), quando se percebe que, em face do bem jurídico *patrimônio*, a conduta do agente, ainda que se configure em subtração de coisa alheia móvel, é inócua para ferir, na substância, o bem jurídico protegido.

Outro ponto a destacar é a fortuita ofensa ao bem, que, nesse caso, não se considera jurídico, mas apenas um interesse individual. A vida é tutelada penalmente (art. 121, CP), mas a agressão focada depende de origem humana, dolosa ou culposa. Portanto, se um raio mata o ser humano, não se

trata de lesão a bem jurídico, porém somente a um valor biológico (cf. Bustos Ramírez, ob. cit., p. 538). (NUCCI, 2018, p. 7)

A importância da análise do bem jurídico envolvido em situações delituosas insurge a partir da questão da aplicação justa do Direito Penal compatível com o Estado Democrático de Direito, em que a análise minuciosa dos casos concretos possibilita a identificação do ilícito penal envolvido, conforme o grau de lesão ao bem jurídico tutelado.

1.1 Bem jurídico e a internet

Com o avanço dos meios de comunicação, ficou reconhecida a importância da normatização ao que se refere a crimes informáticos. Embora abarque a maioria dos crimes informáticos, o Código Penal Brasileiro é omissivo quanto à informática ser um bem protegido pelo Direito Penal. (JESUS; MILAGRE, 2016, p.47)

Considera-se que o Código Penal Brasileiro é datado de 07 de dezembro de 1940, pelo Decreto Lei nº 2.848, e que a época, o meio de comunicação mais utilizado era o rádio, além dos jornais, o mesmo não considerava a informática como um bem jurídico relevante que fosse merecedor da tutela do Direito Penal. Com o avanço desenfreado da tecnologia, criou-se uma sociedade altamente informatizada e conectada, conhecida como sociedade “da informação”. Assim fez com que o Direito reconhecesse os valores penalmente relevantes nessa nova esfera de socialização, discutindo as normas protetoras dos direitos dos cidadãos frente às novas tecnologias, bem como o mal uso das mesmas. (JESUS; MILAGRE, 2016, p.47)

Conforme mencionado no tópico anterior, o direito deve agir sempre preservando os bens mais relevantes e essenciais nas relações sociais, preservando os direitos fundamentais e garantindo uma mínima interferência na vida do cidadão. Sendo assim, ficou evidente a dificuldade de se aprovar uma lei que tipificasse os crimes cibernéticos. Porém, visto que a informação veiculada nos meios de comunicação que utilizam a internet como meio de propagação ia muito além de dados, isto é, circulação de informações de valores econômicos, como dados bancários de pessoas físicas e jurídicas, chegou-se a conclusão que, onde há relevância econômica, há também uma relevância jurídica. (JESUS; MILAGRE, 2016, p.48)

Após anos de discussão no Congresso Nacional, os crimes cibernéticos foram tipificados, conforme explicação de Jesus e Milagre:

[...]como salienta Ferreira Lima (2011, p. 6), diante da evolução tecnológica existe uma predisposição social em reconhecer bens jurídicos informáticos e, dentre os que mais se sobressaem, temos o sigilo e a segurança de dados e informações eletrônicas. Para a autora, é tal juízo de reprovação (violação a dados e a informações privadas) que move o Direito Penal. De fato, tal juízo de reprovação existia, mas foi preciso que uma pessoa pública, atriz popular, fosse vítima de um suposto crime informático para que o legislativo finalizasse uma discussão de mais de 10 (dez) anos no congresso nacional, com a aprovação da Lei n. 12.737/2012, sancionada em 30 de novembro do mesmo ano. (JESUS; MILAGRE, 2016, p.48)

Assim ficou reconhecido o bem jurídico tutelado, de acordo com o crescimento da informatização da sociedade e a propagação de informações utilizando os meios cibernéticos, conforme explica Jesus e Milagre:

Elevaram-se, pois, os dados informáticos e os dispositivos ao status de valores jurídicos fundamentais das relações sociais de uma sociedade dependente da tecnologia da informação, protegendo-os. Assim, ao tratarmos de “crime informático”, usamos tal nomenclatura justamente para demonstrar qual o bem jurídico protegido pelo Direito Penal, a informática, ou a privacidade e a integridade dos dados informáticos. (JESUS; MILAGRE, 2016, p.48)

Com a criação da Lei 12.737/2012 criou-se um alerta acerca dos crimes eletrônicos, marcando uma tendência do legislador para a alteração do Código Penal já existente.

Com o avanço tecnológico tem-se que a sociedade detém o acesso a qualquer tipo de informação de maneira mais rápida e diversificada, sabendo que a tecnologia é responsável pela grande transformação social que o mundo vem sofrendo nessa nova era. A relação humana tornou-se diferenciada com o aparecimento e o desenvolvimento da internet, visto que, a comunicação entre os indivíduos tornou-se mais ampla e diversificada. Porém, como toda evolução, essa comunicação também trouxe diversas questões quanto à percepção social, pois, no mundo real existente, qualquer comentário depreciativo ou não, propagava-se pelas falas, mas logo depois era esquecido. No ambiente virtual, qualquer comentário do mesmo sentido, propaga-se e, ao contrário do que acontece na realidade, esses não são tão facilmente esquecidos devido a memória de servidores, que fixam essas informações por tempo indefinido. (GONÇALVES, 2017)

Pensando em uma regulação de ordem para o ambiente virtual, criou-se uma legislação específica para os usuários da internet conhecida como o “Marco Civil da Internet”, lei nº 12.965/14, que surgiu como forma de estabelecer princípios, garantias, direitos e

deveres para o uso da internet no Brasil. Porém, muitas críticas foram feitas em relação a essa legislação criada, ante ao seu conteúdo que, em muitos de seus artigos, foram replicados direitos e preceitos constitucionais já existentes, não existindo assim, grandes inovações.

Para Tomasevicius Filho:

Embora o Marco Civil da Internet tenha sido bastante festejado por ser a primeira lei do mundo a disciplinar os direitos e deveres dos usuários da rede, não se perceberão mudanças substanciais, uma vez que esta não acrescentou praticamente nada à legislação vigente. A expectativa criada com a discussão dessa lei deu-se pela crença errônea de que as normas contidas na Constituição Federal, no Código Civil, no Código Penal, nos Códigos de Processo Civil e Penal, no Código de Defesa do Consumidor, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na lei sobre interceptação de comunicações (Lei n.9.296/96) não teriam aplicação nas relações jurídicas estabelecidas na internet. (FILHO, 2016, p. 276)

Essa lei tem o intuito de dar proteção aos usuários quanto às suas informações, privacidade e garantia a neutralidade nas redes, assegurando também a violação de direitos de terceiros. A lei tenta inibir as práticas ilícitas dentro do ambiente virtual, onde as autoridades tentam criar meios eficazes de localizar os indivíduos, que, de alguma forma, tentam ludibriar o sistema já existente. A questão é, quando o anonimato impede a identificação do causador da prática criminosa, pois, assim, não há punição.

1.2 Relações do Direito Penal e a mídia no Brasil

A ideia da globalização do mundo e a evolução dos meios de comunicação trazem para a sociedade diversos meios de a informação chegar até ao público alvo. Muitas vezes, os receptores das informações, quando se trata da questão criminal, tem a visão construída de acordo com o que é vinculado em tais meios. A esse fenômeno, de se “nutrir” de informações de acordo com o que é transmitido, é dado o nome de criminologia midiática.

De acordo com Zaffaroni a criminologia midiática sempre existiu e assim explica:

Por isso, a criminologia midiática sempre existiu e sempre apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na causalidade mágica. Esclarecemos que o mágico não é a vingança, e sim a ideia da causalidade especial que se usa para canalizá-la contra determinados grupos humanos, o que, nos termos da tese de Girard, os converte em bodes expiatórios. (ZAFFARONI, 2013, n.p.)

A criminologia midiática será abordada mais à frente para melhor entendimento.

A relação entre o Direito Penal e a mídia no Brasil foi estabelecida, de acordo com Silva (2006), como maneira de difundir as informações de forma a gerar no receptor, a sensação de emergência na adoção de medidas repressivas, que jamais educa ou ressocializa. Silva (2006) observa que a legislação penal brasileira contribui também para a formação de opiniões dentro da sociedade. Assim, “O que se alardeia, ainda, que muito de nossa legislação penal é irracional, portanto, obsoleta, tornando o público moralmente indignado e atenua suas emoções em vinganças localizadas.” (SILVA, 2006).

Pode-se observar então que a mídia, de uma forma geral, tem um grande poder de influência dentro de uma sociedade globalizada, até mesmo pela rapidez em que as informações são divulgadas. Com o uso das ferramentas digitais, a disseminação de informações alcança milhares de pessoas, quase de forma “epidêmica”. (RECUERO, 2007)

O problema da questão criminal de notícias e informações propagadas pela mídia gira em torno de fatos não comprovados, conhecidas atualmente como *fake news* ou notícias falsas. Por exemplo, o crime aconteceu e os fatos foram divulgados sem a devida averiguação da verdade, com a divulgação dos nomes dos envolvidos e suas características. A partir do momento em as informações são difundidas nos meios de comunicação, automaticamente cria-se uma aversão pública exacerbada dos envolvidos no fato, o que caracteriza um “julgamento social” antes mesmo da apreciação do caso pelo judiciário. (SILVA, 2006)

O que de fato deve ser observado é a veracidade dos fatos, quanto a questão criminal, a fim de se proceder com mais cautela a escolha das informações a serem divulgadas, assim como verificar casos em que hajam questões controversas, pois, segundo Silva (2006) “As prerrogativas constitucionais e legais, consagradas aos particulares, são de observância imperativa”.

2. CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA – A ACEITAÇÃO DA CRIMINOLOGIA MIDIÁTICA PELA SOCIEDADE E A SELETIVIDADE PENAL CRIADA PELA MÍDIA

A questão criminal é mundialmente discutida o tempo todo, como assunto difundido em larga escala pelos meios de comunicação em massa e controladas por grandes corporações, gerando julgamentos assertivos com tom sentenciador, “condenando” um ou outro personagem do convívio social, seja ele o indivíduo ou instituição, tornando a questão como um problema local, nacional. Devido ao aumento da interferência da mídia e seu forte poder sobre a opinião pública, diversos estudos procuram responder aos novos questionamentos acerca dos pensamentos predominantes dentro da sociedade, principalmente àqueles que clamam pela punição, acima de tudo, pensamentos estes influenciados pelos meios de comunicação em massa.

Para Zaffaroni (2013, n. p.) a importância de expandir a divulgação dos estudos acerca da criminologia para todos os indivíduos, além dos estudiosos acadêmicos, está além da evolução da sociedade como sociedade globalizada e tecnológica fundamentalmente comunicacional. Está também ligada a expandir o que se sabe até então acerca da ciência penal criminológica, para o cidadão comum, para que estes não fiquem totalmente reféns do tipo de sociedade que a revolução tecnológica trouxe, isto é, sociedade presa apenas àquilo que lhes é transmitido através dos meios de comunicação em massa.

O que acontece é que as pessoas comuns (diz-se comuns, pois são pessoas externas às academias, isto é, não estão diretamente ligadas ao mundo acadêmico) têm a visão criminal de acordo com o que lhes é passado nos meios de comunicação, se “nutrindo” da criminologia midiática. Eis que surge então a questão da aceitação das informações pelos indivíduos: por que aceitam ou ficam indefesas diante dessa construção de realidade? Para Zaffaroni “a disposição na aceitação obedece à ideia de que se reduza o nível de angústia que gera a violência difusa.”. (ZAFFARONI, 2013, n.p.)

A criminologia midiática sempre esteve presente em toda a história da revolução humana, diferindo apenas a tecnologia comunicacional, estando presente desde os fins do século XIX, período em que foi observado a força extorsiva dos meios de comunicação de massa (nesse tempo, os jornais), sendo difícil neutralizar uma difamação jornalística e a exploração da credulidade pública. (ZAFFARONI, 2013). O que esse tipo de criminologia cria é a realidade dividida em duas formas de indivíduos, sendo uma parte deles composta por

uma sociedade *decente*, diante de uma massa de criminosos estereotipados como *diferentes e maus*.

Esses estereótipos estão ligados ao que se conhece como estigma, este que era usado pelos gregos, como sinais marcados nos corpos para diferenciar os indivíduos, seja por coisas extraordinariamente boas ou ruins. Hoje, o termo é amplamente utilizado mais aplicado à “desgraça” do que à sua evidência marcada no próprio corpo e quase nunca representa algo positivo. (GOFFMAN, 1988).

A sociedade cria ambientes em que o indivíduo, ao se relacionar com outras pessoas, faz a distinção do espaço em que se enquadra, criando-se rotinas de interação social, fazendo com que o indivíduo crie sua “identidade social”, observando sempre aquele “estranho” que lhe é apresentado ao mesmo meio de interação que ele é inserido. Assim, conforme a análise do outro, transforma-se então as características do “outro” em expectativas normativas, em exigências apresentadas de maneira rigorosa. (GOFFMAN, 1988).

O estigma surge a partir do momento em que o “estranho” é analisado através das evidências da existência de atributos que o tornam diferente dos demais indivíduos, normalmente por características menos desejáveis, isto é, atributos depreciativos. Assim, ao transmitir informações, os meios de comunicação em massa se tornam mediadores entre a notícia e a realidade, criando, conforme os interesses do público alvo a ser atingido e por conveniência dos mesmos, “bandidos” e “mocinhos”, estigmatizando os indivíduos, desconsiderando seus direitos nas esferas penais e constitucionais, estes como indivíduos de uma sociedade democrática.

A questão de divulgação de informações e notícias nos meios de comunicação em massa, principalmente quando se fala na internet, é que não há tipificação criminal da conduta elencada no ordenamento jurídico brasileiro de forma expressa. Exige assim a ponderação de disposições jurídicas, mediante argumentos já existentes, pois, caso as notícias falsas compartilhadas ultrapassem a esfera do direito fundamental da liberdade de expressão e prejudique o direito de outrem, deverá ser analisado na esfera penal, usando os meios já existentes para punir, em colisão com o direito fundamental da intimidade ou privacidade.

Há muitos aspectos relevantes quanto à liberdade de expressão e os princípios constitucionais. Segundo Paesani:

A liberdade de informação tem sido definida como a mãe de dois direitos: de informar e de ser informado. A informação deve ser observada sob o aspecto ativo e passivo. No primeiro caso, aborda-se a possibilidade de acesso aos meios de informação em igualdade de condições, possibilitando o direito de expressar o pensamento e informar; o aspecto passivo salvaguarda o direito de assimilar e receber as notícias e as opiniões expressas por alguém. Neste último caso, tem-se a liberdade de se informar, que Casavola define como atividade de indagação ou inspectio. É do equilíbrio entre esses dois perfis – ativo e passivo – da liberdade de informação que se garante a comunicação no interior de uma sociedade pluralista. (PAESANI, 2014 apud CASAVOLA, 1996)

A seletividade penal criada pela mídia pode ser explicada, de acordo com Zaffaroni:

A criminologia midiática cria a realidade de um mundo de pessoas decentes, diante de uma massa de criminoso, identificada através de estereótipos, que configuram um eles separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus. Os eles da criminologia midiática incomodam, impedem que se durma com portas e janelas abertas, perturbam as férias, ameaçam as crianças, sujam por todos os lados e, por isso, devem ser separados da sociedade, para deixar-nos viver tranquilos, sem medos, para resolver todos nossos problemas. Para isso é necessário que a polícia nos proteja de seus assédios perversos, sem nenhum obstáculo nem limite, porque nós somos limpos, puros, imaculados. (ZAFFARONI, 2013, n.p.)

A divulgação nos meios de comunicação em massa, de fatos considerados crimes pela sociedade, cria na mesma a sensação de urgência de respostas, quanto a responsabilidade do poder punitivo. Assim diz Zaffaroni:

A construção da realidade não se faz necessariamente mentindo e nem sequer calando. Atrás de cada cadáver há um drama, uma perda, um dolo. Basta destacar o que o estereotipado cometeu, em toda sua dimensão real ou dramatizá-lo um pouco mais, e comunicar assepticamente outro, em espaço muito menor, para que o primeiro provoque indignação e medo e o segundo não.

Em qualquer cultura, a causalidade mágica é produto de uma urgência de resposta. Isso não obedece a nenhum desinteresse pela causalidade, mas justamente à urgência por encontrá-la. Na criminologia midiática sucede o mesmo. Deve-se responder já e ao caso concreto, à urgência conjuntural, ao drama que se destaca e deixar de lado todos os demais cadáveres; a falta de uma resposta imediata é prova de insegurança. (ZAFFARONI, 2013, n.p.)

Enquanto as veiculações de informações pelos vários meios de comunicação só aumentam, o que é observado é o crescente fenômeno conhecido como “Direito Penal de Emergência, o qual inflaciona as leis do país e relativiza direitos de acusados e presos.” (BRAGA, 2014 p. 11). A seletividade penal criada pela mídia está diretamente ligada ao poder que esses meios possuem de influenciar a opinião pública, fazendo com que a sociedade crie uma expectativa de justiça, e legitime a atuação do sistema penal.

2.1. A criminologia midiática e a expansão do Direito Penal no Brasil

A relação da mídia e seus diversos meios de comunicação em massa com as características do sistema penal existente, está associada com o desenvolvimento econômico tardio presente na história, em que se observou ultrapassada a ideia de mera função comunicativa da mídia. (BATISTA, 2003 p. 1). A especificidade da vinculação da mídia e o sistema penal deve ser entendida através das condições sociais presentes nessa transição econômica, não sendo uma questão inovadora a intervenção penal por ocasião de transições econômicas, como observado na dissolução da ordem feudal. (BATISTA, 2003 p. 3). O empreendimento neoliberal, aquele que é direcionado à obtenção de lucros e aos interesses do mercado, precisa então de “um poder punitivo onipresente e capilarizado, para o controle penal dos contingentes humanos que ele mesmo marginaliza.” (BATISTA, 2003 p.3).

O compromisso da imprensa e o surgimento do empreendimento neoliberal trazem a vinculação mídia-sistema penal de acordo com a legitimação das informações de seu interesse e o silêncio acerca das informações que as desmintam. Assim, a nova crença criminológica em relação a divulgação de informações, tem seu núcleo de propagação na própria ideia de pena: creem que na pena como solução de conflitos, pouco importando o fundamento que as legitimam. (BATISTA, 2003 p.3)

Assim, a relação entre a mídia e o sistema penal no capitalismo tardio traz o afastamento dos instrumentos metodológicos tradicionais. O que se observa é que quando o jornalismo deixa de demonstrar a narrativa exata acerca da investigação de um crime ou sobre um processo em curso e assume uma função de investigar os fatos ou até mesmo promover a reconstrução dramatizada dos mesmos, que nesse caso possui um alcance e repercussão maior que à processual, passa assim a atuar politicamente. (BATISTA, 2003 p.6)

Com o fortalecimento e reformas no funcionamento da máquina estatal que tiveram como objetivo a reconstituição e a modernização da instituição democrática, uma das áreas que vem apresentando significativas mudanças, por muitas vezes também contraditórias, é a que diz respeito ao poder de punir do Estado, isto é, “ administração do controle penal, desde a tipificação de novos delitos até o funcionamento dos órgãos policiais, passando pelos procedimentos dos órgãos oficiais de administração da justiça e o sistema prisional.” (AZEVEDO, 2004 p. 39)

Desde que o homem passou a viver em comunidade, o mesmo se preocupa com a aplicação de penas para aqueles indivíduos que viessem a transgredir as normas de convívio estabelecidas dentro de um determinado grupo ou sociedade. Nos primórdios, essas penas eram aplicadas com o intuito, muitas vezes, apenas de vingança pessoal e punição. Com o passar dos tempos, passou-se a construir a ideia de uma justiça retributiva, pautada no princípio da proporcionalidade, através da criação de leis e códigos. (GOMES, 2015).

Cesare Beccaria, importante jusfilósofo do século XVIII, foi um dos pioneiros a lutar contra a ideia de que a punição só seria efetiva quanto mais cruel e violenta fosse. Com sua obra “Dos delitos e das penas”, a visão para uma aplicação de penas com senso mais humanitário, voltada para a recuperação do delinquente, ganhou mais espaço, substituindo as penas corporais pelas penas privativas de liberdade, o que se verifica até hoje, uma humanização das penas. (NERY, 2015)

No Brasil os limites da aplicação das penas estão elencados na Constituição Federal:

- [...] XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
- a) privação ou restrição da liberdade;
 - b) perda de bens;
 - c) multa;
 - d) prestação social alternativa;
 - e) suspensão ou interdição de direitos;
- XLVII - não haverá penas:
- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
 - b) de caráter perpétuo;
 - c) de trabalhos forçados;
 - d) de banimento;
 - e) cruéis;
- XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral [...]

Mesmo com as garantias elencadas na Constituição Federal, a influência midiática possui função determinante na percepção dos indivíduos e na condenação antecipada de suspeitos em crimes, pois pressiona a opinião pública sobre crimes de grande notoriedade. Assim, Braga destaca que “a influência midiática é tanta que possibilita a inflação legislativa, com criação de leis penais mais severas e até mesmo com a tipificação de condutas, sem olvidar do massacre social de acusados que protagoniza”. (BRAGA, 2014, p.2)

O desenvolvimento econômico acelerado trouxe consigo uma grande concentração populacional e com ela algumas situações, como por exemplo, o aumento da taxa de criminalidade, essa que por sua vez afeta a segurança pública, assunto que tem sido debatido

em grande escala sendo uma das principais demandas da chamada “opinião pública”, muitas vezes amplificada pelos meios de comunicação em massa.

Assim, para Azevedo:

O resultado é a crescente perda de legitimidade do sistema penal, incapaz de justificar o seu grau de seletividade e a sua incapacidade de dar resposta ao sentimento de insegurança e impunidade da maioria da população. O sistema político reage com proposta de reforma do sistema de controle penal. (AZEVEDO, 2004 apud ZAFFARONI, 1991, p.39)

A necessidade de a sociedade obter uma resposta do sistema judicial, frente aos acontecimentos apresentados pelos meios de comunicação em massa, faz com que a opinião pública seja responsável pela criação de diversas leis, porém, Azevedo “sem uma unidade capaz de garantir um mínimo de segurança jurídica e coerência interna.” (AZEVEDO 2004 apud, KOERNER 2000 p.40). Os instrumentos utilizados pelo direito penal, no combate à realidade criminal, tornam-se cada vez mais populares, devido a essa atuação midiática.

A relação do Direito e a obrigação dos meios de comunicação em massa em informar, está integrado em um sistema de influências jurídicas e sociais. Vários princípios constitucionais garantem aos indivíduos o direito de ser informado e com isso, também, de fiscalizar os acontecimentos de caráter público. Para Braga “imprensa livre desempenha funções sociais, políticas e culturais, conforme institui o inciso IX Do artigo 5º da Carta Magna (BRASIL, 1988) [...]” (BRAGA, 2014, p. 3). Para tanto, o Direito não pode se omitir no sentido de demarcar limites para o exercício da imprensa. Para Braga:

[...] o Direito não pode se escusar de além de limitar a atividade dos meios de imprensa, conscientizar a todos de que a Justiça é a responsável pelo processo de acusação, o qual obedecerá ao devido processo penal e o contraditório, não se admitindo condenações sumárias e sem direito à defesa. (BRAGA, 2014, p.2)

2.2. Os princípios jurídicos e o populismo penal: a relação com a seletividade penal midiática

A influência dos meios de comunicação em massa vai além da propagação de notícias e do dever de informar uma sociedade. Está atrelada também a formação de opinião em massa, principalmente quando o assunto está vinculado à algum crime ou notícias catastróficas. Isso porque a imprensa, em grande parte, transforma esse conteúdo em uma

espécie de “produto” para que possa ser “vendido” aos seus clientes, no caso, os telespectadores. Para Gomes:

Há muitos anos estamos assistindo no Brasil ao paroxismo (extrema intensidade) do extravagante e bárbaro espetáculo midiático promovido pelo populismo penal, que constitui o eixo da chamada “Criminologia midiática”, que explora à exaustão o “catastrófico”, o “ridículo”, o “aberrante”, o “sanguinário”, havendo amplo apoio popular a essa absurda hiperdimensão dos fatos, com a edição de chocantes imagens, que incrementam a cultura do medo e da violência. (GOMES, 2015 apud GOMES, 2012 p.69):

Conforme mencionado no tópico anterior deste capítulo, existem no ordenamento jurídico brasileiro princípios fundamentais que guiam as garantias fundamentais elencadas na Constituição Federal Brasileira. Com a propagação de notícias e informações que despertam na sociedade a sensação de “ineficiência e inoperância” da Justiça, o populismo penal, em conjunto com o poder midiático, faz com que muitos desses princípios se tornem “invisíveis”, isto é, são ignorados por completo para a manutenção jurídica. O populismo penal ignora dados científicos, que explicam a aplicação das penas no Brasil, por apego ao senso comum, sendo essas ideias projetadas também para a realidade social. (GOMES, 2015)

O desenvolvimento acelerado dos meios de propagação de informações, trouxe um mundo mais globalizado e informado, principalmente a partir do ano de 1970. A propagação das informações de forma ágil e versátil faz com que a mesma informação esteja presente em diversos meios e em vários lugares ao mesmo tempo, colaborando para a instituição de uma sociedade pluralista e globalizada, instituindo uma sociedade democrática livre, onde a liberdade de expressão se transfigura para um mundo eletrônico. (BRAGA, 2014)

Tal transformação propaga também parcela de fatos que, de forma tendenciosa, influencia a opinião popular acerca de assuntos de relevância social. Braga destaca então “A mídia, portanto, distorce os dados concretos a seu bel prazer, a ponto de inculcar na mente das pessoas que os princípios jurídicos não precisam ser obedecidos.” (BRAGA, 2014, p.7)

Muitos são os princípios ignorados pelo populismo popular para justificar as ideias acerca das aplicações das sanções penais. Conforme Braga exemplifica:

Ainda podem-se citar importantes princípios que são desmerecidos pelo populismo penal midiático, tal qual o princípio da proporcionalidade, o qual visa relacionar a infração cometida a pena aplicada, evitando, assim, excessos em sua aplicação; e o princípio da presunção de inocência, o qual, conforme estabelecido no inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal,

ditada que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Princípio que se relaciona com este último e também merece ser mencionado é o do devido processo legal, que, como consta no inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal, cita que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. (BRAGA, 2014, p. 7)

Observa-se que o princípio da presunção de inocência se torna invisível aos olhos do populismo penal. Conforme disposto na Constituição Federal:

[...]Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]

Isto porque a divulgação de fatos ou crimes pela mídia vincula as pessoas envolvidas a ponto de divulgar nomes e aspectos sociais, “condenando” as mesmas dentro da sociedade, sem ao menos terem sido processadas. A seletividade penal é lucrativa para as empresas de comunicação social, porém, mesmo como agentes privados, estão compelidos a respeitar a presunção de inocência. (BARBAGALO, 2015)

Ainda, para Barbagalo:

Em razão disso, a difusão de notícias, imagens e qualquer informação sobre fatos e pessoas envolvidas em uma investigação ou processo criminal deve ser realizada com o maior comedimento, de preferência sem os comentários desvairados de pseudojornalistas- justiceiros, de entrevistas de testemunhas (que podem ser induzidas pelas perguntas do repórter) e sem a dramatização da notícia como é rotineiramente feito, principalmente pelos jornais televisivos (com músicas de fundo, cortes, edições e recursos de zoom sempre que um entrevistado ameaça chorar diante das câmeras). Como já se afirmou, essas práticas “representam intromissão indevida na própria atividade jurisdicional”.¹⁹⁹ (BARBAGALO, 2015, p. 86)

As veracidades das informações divulgadas estão diretamente atreladas a seletividade penal midiática, pois, mesmo que não sejam verificadas, uma vez divulgadas nos meios de comunicação em massa, como a internet, tomam uma proporção descontrolada. Assim, para os envolvidos em delitos, cujo nomes são vinculados aos meios de comunicação, tornam-se “indivíduos maus”, tornando difícil a neutralização das informações repassadas pela mídia, estigmatizando o indivíduo que, sequer, foi processado. (ZAFFARONI, 2013).

3. O FENÔMENO DAS FAKE NEWS E SEUS DESDOBRAMENTOS NO CONTEXTO SOCIAL

Com a consolidação dos meios de comunicação em massa, surgiram também grandes progressos na forma de comunicação dentro de uma sociedade. A informação transmitida em grande escala foi facilitada pela expansão da internet, e com ela uma característica que a diferenciava dos demais meios de propagação existentes: a interatividade. (PEREIRA, 2018, p. 203). A dinâmica estabelecida neste novo meio de comunicação proporciona um alcance em grande escala da disseminação de informações e notícias, por meio da rede de computadores, onde a “a internet se torna a plataforma mais eficiente e menos arriscada para a difusão de notícias desabonadoras” (PEREIRA, 2018, p. 205).

Com a facilidade de disseminação de informações através dos diversos meios de comunicação, em especial a internet, a relação entre a rapidez da disseminação das informações e a desinformação acerca de tais informações, gerou curiosidade acerca da influência do poder midiático na opinião pública no âmbito do Direito Penal (GOMES; MELO, 2013). Tal rapidez contribuiu para o analfabetismo funcional, por serem guiadas e por vezes manipuladas por grupos de interesses específicos.

Falconi e Sobreiro dizem:

Na sociedade moderna, a formação da opinião pública sobre conteúdo político-eleitoral vem sido densamente influenciado pelos meios de comunicação de massa: informação e desinformação andam juntas numa velocidade intensa e, por vezes, não passível de controle, contribuindo para um analfabetismo funcional da notícia, ora guiado por interesses específicos manipulados, ora pela agregação de grupos ocasionada pelas mídias sociais. Nesse contexto, a liberdade de expressão em sentido amplo volta à pauta ao se verificar uma tendência de limitação das *fake news* vinculadas ao processo político, com uma limitação imediata levada à baila pelo Tribunal Superior Eleitoral, quanto do Legislativo, em projetos de lei na mesma temática. (FALCONI; SOBREIRO, 2018, p. 1)

A divulgação e disseminação de informações e notícias falsas ou mentirosas, por qualquer meio de comunicação, é conhecido internacionalmente como o fenômeno das *fake news*, estas que têm o intuito notório de “atrair a atenção para desinformar ou obter vantagem política ou econômica.” (PEREIRA, 2018, p. 205). O fenômeno ganhou notoriedade após ter sido atribuído à prática nas eleições presidenciais dos Estados Unidos em 2016, quando Donald Trump foi eleito. Porém, o que parece uma novidade, no passado existiu notícias falsas e “mentiras” similares.

Há também definições que vinculam a disseminação de histórias falsas com aparência de notícias, para que pareçam mais reais e sejam facilmente disseminadas nas mídias. Estas que são normalmente criadas com cunho político ou humorístico, visando influenciar a opinião pública, de modo a distorcê-la, promovendo a desinformação em massa, fundamentadas em conteúdos distorcidos, inverídicos e fora de contexto. (LOBO; PAIXÃO; SILVA, 2018)

Assim destacou Stephanou:

Como havemos de nos ver no futuro face aos documentos produzidos nesse contexto e diante da necessidade de compreender a profundidade dos processos imbricados? Quais os “efeitos de real” que, o que parece hoje uma novidade, no passado foram notícias falsas e “mentiras” similares? Robert Darnton, em diferentes obras (1995, 2010, 2017), examina precisamente os precursores do sensacionalismo e das mentiras, em outros tempos, que segundo ele, remontam pelo menos à Idade Antiga, cerca do século VI, quando Procópio, historiador bizantino, escreveu um texto secreto, chamado de “Anekdotia”, que ele recheou de “fake news”, assim comparadas por Darnton (2017), e arruinou a reputação do imperador Justiniano e de outros, similar ao que para o autor teria ocorrido com as últimas eleições americanas. (STEPHANOU, 2018, p.3)

Há também relatos do uso de *fake news* nas eleições presidenciais da Rússia nos anos de 1990. Nesse período, a política russa estava em constante mudança e o alcance das informações era muito limitado. Assim, a mídia televisiva tinha grande força e qualquer informação divulgada acerca de assuntos políticos gerava um enorme interesse na população. (PENA, 2018). Para atrair a atenção da população e disseminar informações contrárias ao atual governo, foi criado um canal televisivo que possuía parcialidade frente à alguns partidos políticos, o que ocasionou uma significativa mudança no cenário político Rússia, demonstrando assim a força política da nova mídia russa.

A divulgação de notícias e informações de cunho político no ambiente virtual tem uma importância significativa, visto que as mesmas são usadas para ganhar a atenção de eleitores dentro da disputa por mandatos políticos. A discussão acerca da veracidade das narrativas divulgadas está atrelada ao alcance que o conteúdo consegue atingir, pois “há cada vez mais reivindicações de verdade e há cada vez mais mentiras no que se refere a histórias políticas.” (DOURADO, GOMES, 2019, p. 2). A existência de narrativas falsas acerca de assuntos políticos é um fenômeno que se encontra no mesmo patamar de importância à própria política, visto que as mesmas são utilizadas como meio de angariar eleitorado e tender

a opinião da população de acordo com os interessados envolvidos na corrida por mandatos políticos. (DOURADO, GOMES, 2019, p. 4).

Para o entendimento da proporção que ganhou o fenômeno acima mencionado, destaca-se que “A verdade ou falsidade de uma história, portanto, está relacionada à possibilidade de que certas narrativas factuais expressem ou não os fatos reais a que se referem.” (DOURADO, GOMES, 2019, p. 5). Isso porque o significado real da expressão está ligado à divulgação de notícias e relatos factuais, direcionadas a eventos atuais, como a política que está sempre em foco nos meios sociais. Alguns estudos envolvendo dados da última eleição presidencial brasileira, revelou que a divulgação de notícias como por exemplo a “fraude das urnas” , são facilitadas pela disseminação nos perfis em redes sociais, isto é, o uso do meio digital e a comunicação em massa estabelecida pelo uso da internet ajuda a propagar inverdades acerca de determinados assuntos, o que gera o efeito “das chamadas câmaras de eco e bolhas ideológicas, típicos da vida digital, hipóteses que têm sido testadas, ainda sem consenso, em diversas pesquisas.” (DOURADO, GOMES, 2019, p. 23)

A propagação em massa de notícias e informações falsas com o auxílio da internet levantam questões quanto a segurança das informações que circulam no ambiente virtual, a manipulação de dados e a complexidade relacionada com a influência dessas informações na percepção ação-coletiva, como a prospecção e a flexibilização na ação coletiva humana. (MORONI, 2019 p. 130)

De acordo com Moroni:

Fake news podem ser caracterizadas como notícias falsas ou não necessariamente falsas, mas que colocam o tema da verdade em segundo plano. *Fake news* são notícias maquiadas, adulteradas (não totalmente falsas) ou falsas criadas com o intuito de causar danos ou propagadas inintencionalmente.

Para Allcott e Gentzkow (2017), *fake news* podem incluir: notícias que intencionalmente expressam erros; boatos; teorias da conspiração, as quais muitas são difíceis de apurar se são verdadeiras ou falsas; informações que envolvem sátiras; declarações falsas realizadas por políticos e relatórios tendenciosos, mas não completamente falsos. (MORONI, 2019, p. 137-138):

A utilização de *fake news* não surgiu com o aparecimento e a popularização da internet, estas são tão antigas quanto a civilização. Porém, as mesmas ganharam força com a modernização dos meios de comunicação, que facilitou a propagação e as formas de criação

das informações. O avanço tecnológico faz com que a manipulação e a disseminação de informações alcancem outro patamar, pois utilizam também da inteligência artificial.

Para exemplificar a evolução da propagação de informações, Moroni complementa:

Atualmente a manipulação e disseminação de *fake news* está se encaminhando para atingir outro patamar – *deep fake news* (falsificação profunda) – que são informações falsas, manipuladas com o auxílio da inteligência artificial. (ALMEIDA; DONEDA; LEMOS, 2018). Um exemplo de *deep fake news* é o vídeo da ex primeira dama dos EUA, Michelle Obama, despindo-se em frente à uma câmera. O vídeo surgiu em fórum online – Reddit – e foi produzido por um programa de inteligência artificial denominado *FakeApp*. No vídeo o rosto de Michelle Obama foi sobreposto ao corpo de uma atriz de filmes pornográficos. (MORONI, 2019 apud ROOSE, p. 139)

Outra grande tendência mundial é o uso da internet para assuntos relacionados à saúde. Diferentemente do âmbito político, as matérias e informações acerca da saúde possuem um agravante quando relacionadas às *fake news*, visto que, informações falsas quando compartilhadas de forma indiscriminada pode matar. Isso porque, conforme demonstrado por Nazareth:

O material coletado evidencia que boatos sobre processo de imunização de crianças já atingem as redes sociais. Entidades civis se reúnem para alertar sobre o risco de reintrodução da poliomielite e do sarampo no país graças a frases que circulam na internet tais como: a vacina é mortal; essas doses já mataram milhares; não vacine seus filhos; é um risco etc. Por incrível que pareça, corremos o risco de ressuscitar doenças até então erradicadas no Brasil. A Organização Mundial da Saúde (OMS) é categórica: a vacinação é a segunda maior conquista da saúde pública. Fica atrás somente do consumo de água potável. No entanto, o sucesso das ações de imunização — que teve como resultado a eliminação da poliomielite, do sarampo, da rubéola e da síndrome da rubéola congênita — têm causado em parte da população e — até mesmo em alguns profissionais de saúde - a falsa sensação de que não há mais necessidade de se vacinar. (NAZARETH, 2019, p. 596):

A gravidade das informações falsas envolvendo conteúdo da saúde versa também acerca da ilusão de cura fácil para doenças graves. Milhares de pessoas “têm compartilhado receitas infalíveis de dieta, alimentos superpoderosos, estudos inexistentes ou distorcidos e outras enganações.” (NAZARETH, 2019 p. 596) A questão em discussão, tanto para informações políticas quanto para informações na área da saúde, é acerca do anonimato, pois, sob esta ótica, os usuários disseminam as informações sem a cautela devida acerca da veracidade das informações compartilhadas. Para Carvalho e Kanffer (2018) outro exemplo emblemático da utilização das notícias falsas são as campanhas contra a vacinação, que de

tempos em tempos, se propagam de forma acelerada, e recentemente, têm atingido resultados como o retorno de algumas doenças consideradas erradicadas, como sarampo, caxumba, coqueluche, etc.

As consequências negativas advindas da divulgação de informações inverídicas, ou até mesmo da manipulação de fatos irreais, estremece a individualização do ser em sociedade e a base de uma população assentada em pilares democráticos. O entendimento é que, as informações ao serem manipuladas e disseminadas em determinados grupos virtuais, podem alterar a percepção dos seres humanos, direcionando suas ações e suas relações coletivas, dentro dos seus próprios grupos, ligados por suas identidades. Isso porque as informações que unem os grupos criam padrões de ação coletiva, os quais podem afetar o sistema como um todo, criando pontos de instabilidade. (MORONI, 2019 p. 145)

3.1 O tratamento jurídico das *fake news* pelo mundo

Devido à ênfase das *fake news* durante assuntos de tratamento internacional, como as eleições, diversos países vêm adotando medidas a fim de coibir e combater a prática da propagação de notícias e informações falsas com o condão de desinformar e manipular os cidadãos. Essa preocupação surge a partir do momento que a facilidade de espalhar as informações pelos ambientes virtuais alcança milhões de pessoas, surgindo os grupos de ações coletivas, atingindo assim a sociedade democrática como um todo.

A União Europeia sinalizou que possui interesse em “regulamentar e combater o problema, monitorando as notícias falsas e retirando-as de circulação o mais rápido possível, porém sempre atenta à conciliação com liberdades e direitos fundamentais.” (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 4). Para tanto, criaram o documento conhecido como *Roadmap*, onde partem da premissa que “o acesso universal à informação confiável se encontra inserido no coração da democracia, ainda que não sejam poucas as pessoas que ainda têm dificuldade em discernir informação e jornalismo de propaganda.” (CARVALHO; KANFFER, 2018 p. 5).

Na Alemanha foi criado o “Ato para Cumprimento da Lei nas Redes Sociais” em alemão *Netzwerkdurchsetzungsgesetz*, onde “provedores de redes sociais devem remover ou bloquear conteúdo manifestamente ilegal ou falso dentro do prazo de 24h, a contar da reclamação ou determinação judicial.” (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 5).

Nas Filipinas também existe regulamentação para o combate das *fake news*, onde são proibidas a criação e divulgação, conhecida como “*Anti-Fake News Act of 2017*”. Neste ato, dispõe “o que deve ser considerado notícia falsa, proibindo sua criação, distribuição e circulação, além de estabelecer penas, tanto pecuniárias quanto restritivas à liberdade, em caso de violação da legislação em questão.” (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 6). Observa-se então que nas Filipinas, a abordagem tem o intuito de levar a prática como um delito penal, visto que impõe, também, penas restritivas à liberdade do autor da prática em questão.

O Estado da Califórnia possui projeto de lei em andamento conhecido como “Ato Político da Califórnia para Redução de Ciberfraudes” (*California Political Cyberfraud Abatement Act*). Este possui um caráter político como fundamento base para que sejam reconhecidas as ilegalidades das informações veiculadas pela internet, informações falsas que impedem aqueles a terem acesso ao conteúdo verdadeiro acerca das informações políticas. (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 6)

A preocupação quanto à disseminação das *fake news* no ambiente virtual traz para questão social a preocupação, principalmente, no âmbito político. As informações veiculadas e disseminadas de maneira errônea acarretam perdas significativas na política, trazendo consequências para todo um país, por exemplo, após eleições presidenciais. Assim, a preocupação quanto ao combate da propagação das notícias e informações falsas vai além da regulamentação jurídica para coibir a prática, pois visa também preservar a democracia, mantendo as liberdades e os direitos fundamentais.

3.2 A criminalização ou não das *fake-news* e a disseminação de informação nos ambientes virtuais - Internet.

Com o avanço tecnológico dos meios de propagação de informação em massa, surge a internet, meio capaz de disseminar informações em tempo real e de forma ilimitada, alterando quantitativamente e qualitativamente o nível das informações, possibilitando uma comunicação imediata, criando assim um domínio social do indivíduo: o poder informático. (PAESANI, 2014)

Sendo a internet um meio de disseminar informações de forma irrestrita, surge então o conflito junto às autoridades judiciárias que “estão presas às normas e instituições do Estado e, portanto, a uma nação e a um território limitado” (PAESANI, 2014 p. 21). O conflito versa

acerca da dificuldade de aplicar os controles judiciais existentes na rede e a aplicação das regras dentro da mesma. (PAESANI, 2014). Assim, a tutela dos direitos por hora lesados no ambiente virtual, encontra uma série de dificuldades legislativas e práticas, por não existirem normas específicas sobre o tema, e acerca da responsabilidade vinculada a esses. (SILVA, 2012)

O direito ao acesso à informação é considerado um direito fundamental dentro de uma sociedade democrática. Isto porque conforme o art. 5º da Constituição Federal:

[...] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional[...]

Com a evolução dos meios de comunicação em massa, a mídia obteve uma crescente visibilidade, devido à facilidade da propagação de informações e suas forças na influência da opinião pública. O poder midiático gera uma influência direta no âmbito do Direito Penal visto que, muitas informações e notícias vinculadas acabam por despertar na sociedade o clamor por punição. (GOMES; MELO, 2013)

O surgimento das *fake news* é um assunto relativamente novo e os recursos jurídicos disponíveis na legislação brasileira não conseguem atender a todas as questões que as envolvem. Assim, diversos órgãos governamentais como o Ministério Público, o Tribunal Superior Eleitoral e a Polícia Federal, se articulam para discutir acerca das medidas a serem adotadas, desenvolvendo projetos para coibir a prática de disseminação de notícias falsas. (LOBO; PAIXÃO; SILVA, 2018)

Ainda merece destaque a relação das notícias falsas com a Constituição Federal do Brasil de 1988 e o Marco Civil da Internet de 2014, isto porque ambas dispõem de mecanismos para combater eventuais abusos, garantindo a liberdade de expressão conforme disposto na lei constitucional. (LOBO; PAIXÃO; SILVA, 2018).

A preocupação quanto à divulgação e propagação de notícias e informações falsas também tem sido observada em diversos países, que tomam iniciativas para o combate, sendo

que alguns deles já demonstram interesse em regulamentar e combater o problema, porém, sempre atentos à conciliação com as liberdades e direitos fundamentais.

A criminalização da conduta de propagar notícias falsas, isto é, a criação de um fato típico dentro do ordenamento jurídico brasileiro, envolve diversas discussões e faz com que diversos questionamentos surjam a partir da premissa da criação de lei específica para punir a prática. Diversos projetos de leis correm no Congresso Nacional a fim de tornar a prática um crime, sendo estes a favor de sua penalização. Segundo o site Agência Publica, até maio de 2018 havia cerca de 20 projetos de lei com o intuito de criminalizar o ato de propagar notícias falsas através dos meios de comunicação em massa, como por exemplo a internet, blogs e redes sociais. O deputado Luiz Carlos Hauly (PSDB-PR) apresentou dois projetos (PL 6.812/2017 e L 7.604/2017) para criminalizar a difusão de notícias falsas. Em um deles visa responsabilizar os provedores de conteúdo das redes sociais pelas notícias falsas. Com o texto do projeto, pesquisadores da área de tecnologias da comunicação se manifestaram contra a responsabilização dos provedores, visto que, para criminalizar a conduta, não deveriam existir dúvidas acerca da intencionalidade de divulgar um conteúdo falso, pois, muitos cidadãos compartilham conteúdos por não duvidarem de sua veracidade. (GRIGORI, 2018)

Ainda para Grigori (2018) a maioria dos projetos de lei apresentada no Congresso possui um texto frágil, que dão abertura a um ambiente de censura e restrição a partir do momento em que os cidadãos se limitam ao fluxo de informações, por medo das repressões criminosas que podem sofrer. Grigori (2018) ainda levanta a questão dos enganos dos textos dos projetos de lei “É muito indicativa da natureza do problema que uma notícia falsa sirva de base para projetos de regulação das notícias falsas. Isso mostra quão insidioso é o problema e como qualquer um é suscetível a receber e difundir essas matérias.” (GRIGORI, 2018)

Acerca da criminalização da prática de divulgar notícias e informações falsas pelos meios de comunicação em massa, ainda há de serem observados os princípios que norteiam o Direito Penal acerca das alterações legislativas e a desproporcionalidade na aplicação das penas. De acordo com Nucci:

“Ao longo dos anos, várias modificações legislativas, inseridas no Código Penal, implicaram na perda de harmonia entre crimes e penas, abrindo oportunidade para o desprestígio do princípio da proporcionalidade. Não bastasse, a legislação especial também consagrou alterações destoantes do contexto uniforme do Direito Penal, ora tipificando condutas inócuas, ora

aplicando severas sanções para condutas de menor alcance.” (NUCCI, 2015, p. 284):

Para que haja interferência do Poder Público então, “é desejável, na medida em que se acate a liberdade individual como bem supremo, preservando-se a dignidade da pessoa humana na exata demanda do Estado Democrático de Direito.” (NUCCI, 2015 p. 215). Essa liberdade individual é verificada em diversas formas dentro de uma sociedade democrática, como por exemplo, ir, vir e ficar; pensar e manifestar-se; crer e cultivar; associar-se; viver de maneira privada; zelar pela intimidade; possuir e usufruir de bens; unir-se em família etc. Todas essas ações são reguladas por leis e, ações que violem as normas devem ser coibidas, com medidas jurídicas extrapenais, antes de utilizar-se da *ultima ratio*, isto é, a última hipótese observada no Direito Penal. (NUCCI, 2015 p. 215).

Para Nucci:

O eficiente equilíbrio entre liberdade e punição penal, modelado pela razoabilidade e pela proporcionalidade, constitui o demonstrativo eficaz de que se cultua e respeita o Estado Democrático de Direito, nos parâmetros delineados pelo art. 1.º da Constituição Federal. (NUCCI, 2015, p. 215):

Assim pode-se entender que o Direito Penal deve ser utilizado de maneira subsidiária aos demais ramos do ordenamento jurídico. Isto é, devem-se exaurir todas as formas de medidas punitivas extrapenais, e, se reiteradas as práticas lesivas, estas sendo capazes de gerar uma desordem na paz social, aí sim deverá ser aplicada o tipo penal incriminador, fazendo com que o Estado interfira penalmente. (NUCCI, 2015 p. 2016)

3.2.1 Argumentos favoráveis à criminalização das *fake news*

Devido ao alcance da propagação de informações através dos meios de comunicação em massa, restou evidente o quanto prejudicial pode ser a veiculação de notícias e informações falsas através desses meios, visto que a prática visa desinformar ou até mesmo obter vantagens econômicas ou políticas. Cumpre estabelecer que a prática de disseminar notícias ou informações falsas não está relacionada com o direito à informação. Assim como estabelece no texto de Lima:

Preocupado com os limites do direito à informação, na dialética do conflito entre o direito público à informação (e o direito de todos à informação pública) frente ao limite do direito à vida privada, Lafer afirma que é preciso ponderar o interesse público de se procurar, receber e difundir uma informação. Daí porque uma análise da diferença entre as categorias de

público e privado é fundamental para estabelecer o conteúdo exigível pelo cidadão daquilo que considere como seu direito à informação. Neste sentido o direito à intimidade estabelece um limite ao direito de informação ao impor o respeito ao segredo da vida privada. (LIMA, 2013, p. 5):

Muitos princípios são envolvidos acerca do direito à informação, e o contraponto é a existência de verdades e mentiras. Para aqueles que defendem uma tipificação criminal para a prática de disseminação de informações e notícias falsas através dos meios de comunicação em massa, está a questão do direito a população de terem acesso a uma informação exata e honesta, conforme levantado por Lima:

A manipulação se viu multiplicada pelo uso da propaganda e pela força dos meios de comunicação e a mentira totalitária, mesmo nos regimes democráticos (LAFER, 1991, p. 247e HABERMAS, 1984). Foi por essa razão substantiva que Hannah Arendt discutiu a mentira deliberada sobre a guerra do Vietnã. Segundo sua visão, os altos escalões do governo norte americano perderam o senso do real e o senso do comum (o de todos) necessário para o juízo⁸. Daí sua conclusão sobre a relevância do jornalismo investigativo, baseado no direito a uma informação exata e honesta para se evitarem os efeitos deletérios da mentira no domínio público.

Na Política, "o oposto da verdade factual não é o erro, mas a mentira, e esta quando não apenas esconde, mas destrói a verdade, transforma-se em auto-ilusão" (LAFER, 1991, p. 248).

Assim, direito à informação tem dois qualificativos: é um direito à "informação exata e honesta", donde uma correlação forte com a questão da vontade de saber e da vontade de verdade. Seguindo o raciocínio de Hannah Arendt apresentado por Lafer, o direito à informação seria o substituto ou o sucedâneo da verdade no contemporâneo. (LIMA, 2013 apud, LAFER, 1991, p. 247)

A velocidade da propagação das informações através dos meios de comunicação em massa, mas especificadamente, a internet, corrobora com os argumentos a favor de sua tipificação criminal. Para Burg e Greggo (2018) quem perde muito com a propagação de *fake news* é a população em geral. Uma notícia ou informação falsa propagada e compartilhada milhares de vezes, ganha proporções de importância em que as pessoas depositam uma credibilidade na informação e começam a toma-la por verdade, o que é uma situação arriscada no mundo contemporâneo.

A inexistência da tipificação criminal acerca da disseminação de notícias falsas acarreta a criação de uma nova lei, visto que, conforme exposto por Brug e Greggo (2108), esta conduta não pode ser enquadrada na tipicidade dos crimes elencados nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal:

Os crimes de calúnia, injúria e difamação, tipificados, respectivamente, nos artigos 138, 139 e 140, todos do Código Penal, não cumprem com a aludida finalidade, afinal, como bem se sabe, tutelam, apenas e tão somente, a honra de quem se sentir atingido em detrimento de condutas que envolvam seu nome em particular.

O bem jurídico que se pretende proteger com a criação desse novo tipo penal, conforme bem demonstra a exposição de motivos de ambos os projetos de lei mencionados no início do presente artigo, é, portanto, completamente diverso daquele tutelado pelos aludidos delitos. Afinal, quando uma suposta notícia falsa versa sobre política, economia, segurança e saúde, a vítima, muitas vezes, não pode ser identificada.

Abaixo, um exemplo de Projeto de Lei que tramita na Câmara dos Deputados, proposta pelo Deputado Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR:

Projeto de Lei nº 6.812/2017, de autoria do deputado Luiz Carlos Hauly – PSDB/PR

Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica.

Penal- detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa.

Art. 2º Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos – CFDD.

Para os que defendem a criação de um novo tipo penal para a divulgação de *fake news* valerá as práticas que tiverem o dolo de criar e propagar as informações falsas, a fim de prejudicar ou alterar a verdade sobre o fato relevante.

3.2.2 Argumentos contrários à criminalização das *fake news*

Em defesa aos argumentos que são contra a criminalização da prática de disseminação de informações e notícias falsas pelos meios de comunicação em massa, em especial a internet, tem-se que a discussão acerca dos limites da imposição de sanções penais a uma prática em que há uma série de divergências acerca da possibilidade de identificar o agente causador da infração e até mesmo quanto à classificação do conteúdo, o que seria de fato uma notícia e informação de cunho falso, como intuito de prejudicar outrem. A propagação de uma *fake news* pode atingir um único indivíduo, porém, na maioria das vezes seu conteúdo tem cunho político, econômico ou social, afetando uma coletividade, dificultando ainda mais a individualização dos indivíduos lesionados pela prática.

A criminalização da prática também encontra um ponto divergente quanto as liberdades individuais elencadas na Constituição Federal. Isso porque o cerceamento de informações e divulgações acerca de conteúdos pode caracterizar para alguns a violação de direitos conhecido como censura, ou até mesmo a violação do direito à liberdade de expressão. Como fundamento jurídico, a Constituição Federal traz em seu artigo 220 a seguinte definição:

[...] Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. [...]

O que existe é a multidisciplinariedade envolvendo o tema. O campo comunicacional envolve diversas áreas do conhecimento que recaem na questão da disseminação de informações falsas e a democracia. Estas então fazem uma ligação com a sociologia, a ciência política, a comunicação jornalística, propaganda e marketing, encontrando espaço também no direito constitucional, que por si só, gera a tensão relacionada com os princípios constitucionais relacionados ao tema. Assim, pensar que para frear o fenômeno das *fake news* pode-se utilizar o mecanismo da censura, deve-se ter a consciência de que “os direitos à informação e à liberdade de expressão não podem ser substituídos por um raciocínio consequencialista, além de que a censura viola frontalmente todo o sistema constitucional de liberdades comunicativas.” (GRAÇA, 2019 p. 402)

Para alguns ministros do Superior Tribunal Federal o combate às *fake news* não pode representar uma censura, porque haveria um juízo do que é verdade ou não acerca da informação. Assim, defendem que as práticas de atos ilícitos envolvendo a divulgação ou disseminação de notícias inverídicas devem ter a resposta do Estado, que utilizará de instrumentos democráticos e nunca mediante a prática da censura.

A sociedade contemporânea vive, de uma maneira geral, de forma imediatista. Isso reflete também quanto à questão de cobrar respostas do Estado. Assim, para Graça:

Percebe-se um senso de imediatismo do legislador brasileiro, que possivelmente se vê atacado e defenestrado nas redes sociais e na internet em razão da descrença da sociedade brasileira com os projetos políticos e a falta de legitimidade social. No parlamento brasileiro, as tentativas de regulamentação perpassam na maioria das vezes pela criação um tipo penal que, necessariamente, criminalize as condutas praticadas. O legislador brasileiro parte do pressuposto de que a criação de tipos penais para os indivíduos que pratiquem os verbos nucleares da conduta (divulgar, compartilhar, modificar e desvirtuar a verdade) seria a panaceia para resolver um tema complexo, poroso, o qual exige um estudo aprofundado. (GRAÇA, 2018, p. 406)

Assim, outro argumento contrário a normatização da criminalização da divulgação de *fake news* é fundamentada em análise as propostas já existentes no Congresso Nacional. O que se observa é que falta cuidado nas análises do que é falso e do que não é e quais as consequências da regulamentação excessiva. Os estudiosos defendem que trazer para o campo penal o combate as *fakes news* não parece ser o meio mais eficiente, visto que a liberdade individual é pressuposto essencial dentro da sociedade democrática de direito. Também há a dificuldade de identificar o sujeito ativo do crime em que é quase impossível, visto que a propagação das informações pode ser iniciada até mesmo de forma eletrônica e massificada.

Para o advogado David McCraw o poder de decisão do que é falso e do que não é, não deveria ser vinculado ao Judiciário e sim, as próprias pessoas. McCraw também critica a criação de lei para combater a prática das *fake news*, pois “além de a legislação não acompanhar o desenvolvimento e a inovação tecnológica das *fake news*, as leis também podem servir como uma forma de diminuir a liberdade de expressão.” (MCCRAW, p. 2, 2018).

Para o advogado a criação de leis contra *fake news* pode ser usada como meio de controlar as vozes das pessoas, de uma oposição, o que gera nas pessoas uma sensação de censura, reforçando ainda mais sua posição acerca da ideia de que o controle do que é verídico ou não deve partir das próprias pessoas, e não do Judiciário. (MCCRAW, p. 3, 2018).

Apesar da urgência da sociedade em ter uma resposta do Estado para a criminalização em diversos âmbitos da vida social, não parece razoável a criminalização acerca da conduta de disseminar informações e notícias falsas pelos meios de comunicação em massa, como por exemplo, pela internet, visto que atribuir ao Estado e ao próprio Direito Penal a função de combatê-las, estaria usando de forma desproporcional a aplicação da pena,

pois para o Direito Penal a penalização sobre o indivíduo deve ser a última medida a ser aplicada, para coibir reiteradas práticas por condutas sociais reprováveis. Assim, entende Batista:

O princípio da intervenção mínima também surge como conquista da classe burguesa contra o poder punitivo ilimitado manejado pelo sistema penal do absolutismo. Segundo ele, a sanção penal deve ser empregada como a *ultima ratio*, quando os demais tipos de coerção (como a administrativa e a civil) não forem suficientes.

Duas características do direito penal se relacionam com esse princípio: a fragmentariedade e a subsidiariedade. Da primeira, depreende-se que o direito penal só deve se ocupar com ofensas realmente graves aos bens jurídicos protegidos (ou seja, apenas com parte - “fragmento” - das condutas indesejadas e não com todas elas). Da segunda, que sua intervenção só se faz necessária quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do direito. (BATISTA, 2011, p. 6)

Reconhecer a nocividade da propagação de informações e notícias falsas é importante para a própria democracia, a fim de coibir campanhas de ódio e campanhas de desinformação. Para o Ministro do Superior Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso afirma que:

[...] a melhor forma de enfrentar as notícias falsas é com imprensa de qualidade, conferência de fatos e com tecnologia que seja capaz de detectar robôs que estejam difundindo notícias falsas. Então eu acho que é um misto de tecnologia com conscientização da sociedade. (BARROSO, 2019, p. 2):

Visando coibir a prática os estudiosos entendem que a criação de novas leis e uma tipificação penal exclusivamente para a divulgação de *fake news* não seja adequada. Para Carvalho e Kanffer “A questão encontra-se, pois, focada não em novas leis, mas na adequação técnica *daquelas* já existentes, atribuindo às ordens judiciais eficácia máxima, sem a qual o combate ao conteúdo ilícito sem dúvidas haverá de fracassar.” (CARVALHO; KANFFER, 2018, p. 16)

Alinhando assim uma imprensa de qualidade, onde a mesma faça a conferência dos fatos com a tecnologia disponível, com a conscientização da sociedade, o enfrentamento às notícias falsas e sua disseminação estará além da esfera do Judiciário. A rapidez que os instrumentos de comunicação disponíveis à sociedade detém de disseminar informações e notícias, devem ser utilizadas a fim de levar informações a sociedade, para que esta tenha o poder de decidir o que é falso e o que não é, ampliando assim os debates e os confrontos de

ideias dentro das sociedades democráticas. “O importante é que a liberdade de pensamento se expresse de maneira ampla, no regime de plena liberdade, mas cada qual seja responsável pelos eventuais desvios ou abusos que cometeram, isso faz parte do regime democrático”. (MELLO, 2019 p. 3)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para se debater a importância da divulgação e disseminação das *fake news* através dos meios de comunicação em massa, e assim discursar sobre a possível criminalização da conduta, primeiramente entender qual a função do Direito Penal e as funções da pena no Brasil é um quesito de suma importância. O contexto histórico que buscou a delimitação da intervenção penal acompanhou o crescimento social, em que fez surgir a afirmação da legitimidade do direito penal no Estado Democrático de Direito. Assim, buscando a efetividade do poder punitivo sem a violação de princípios constitucionais, e a proteção dos bens jurídicos, esta que é função essencial do Estado Democrático de Direito, irá definir a aplicação das penas de acordo com os limites do poder punitivo do Estado.

O crescimento social fez com que as formas de comunicação se desenvolvessem, criando diferentes meios de trocas de informações. Surgiu então a internet, onde foi criado um ambiente virtual de trocas, que fez com que o Direito reconhecesse a importância de se proteger os direitos dos cidadãos frente ao crescimento desenfreado das tecnologias, bem como as diversas formas de utilização desse novo meio de comunicação social. Não se pode negar que o aparecimento da internet trouxe uma transformação social mundial de tamanho imensurável, visto que a comunicação entre os indivíduos tornou-se diversificada, ampla e quase instantânea. Mas como toda transformação, também surgem novas questões que precisam ser observadas, como é o caso do aparecimento da criminologia ligada ao novo meio de comunicação em massa da sociedade.

Com toda a evolução dos meios de comunicação e com o avanço da globalização, a rapidez das informações repassadas faz com que a mídia cresça de forma acelerada, assim como o teor de seus conteúdos, que por muitas vezes, podem ter o caráter informativo ou prejudicial, como é o caso das notícias e informações que constam fatos não comprovados ou inverídicos. Estas por sua vez, conhecidas como *fake News*, podem adentrar na esfera penal. Isto porque a mídia tem um forte poder sobre a opinião pública, influenciando seus interlocutores, principalmente quando a questão é referente a criminologia e seu apelo por resposta e punição do Estado. A criminologia midiática pode fazer cidadãos reféns das informações repassadas pelos meios de comunicação em massa, criando “homens maus” ou “homens bons”, isto é, os estigmatizando, de acordo com as informações transmitidas, deixando essa análise de forma subjetiva e impondo aos cidadãos verdades que dependeriam de uma análise mais real para chegar ao seu resultado final, a punição estatal.

O aumento da taxa de criminalidade em consequência do desenvolvimento econômico e populacional, trouxe consigo a insegurança da sociedade que tem urgência pelas respostas emitidas pelo Estado. A influência midiática tem função determinante na disseminação de informações, inclusive sobre crimes de grande notoriedade, estes que pressionam a opinião pública a cobrar respostas efetivas pela condenação dos suspeitos, sem observar a inflação legislativa pela cobrança de criação de leis penais mais severas, sem perceber o massacre social de acusados que coloca em evidência sem antes mesmo observar o sistema normativo existente. O populismo penal midiático acaba por ignorar princípios elencados na Constituição Federal, a partir do momento em que divulga e dissemina de forma avassaladora informações ou fatos acerca de crimes, onde os suspeitos tornam-se culpados, sem ao menos terem sido processados.

Com a facilidade da interatividade entre os indivíduos e o encurtamento da distância para a propagação de informações, a internet se tornou o meio de comunicação em massa mais eficiente e menos arriscada para diversas práticas relacionada ao convívio humano, inclusive para a difusão de notícias desabonadoras, com cunho falso ou mentiroso. Apesar destas estarem presentes ao longo de toda história, não se pode negar que a internet facilitou a propagação desse tipo de informação, que alcança patamares ainda desconhecidos, criando termos próprios para sua definição: as *fake News*. O conflito aparece quando é necessário a aplicação de controles judiciais, para coibir a prática de divulgação de notícias ou informações falsas dentro do ambiente comunicacional midiático virtual, por não existirem normas específicas sobre o tema.

Ante aos pontos favoráveis e contrários a criação de lei que tipifica a conduta de disseminação de *fake News* temos que, apesar de reconhecer a importância da nocividade dos atos envolvendo a prática, entende-se que a criação de uma lei específica para coibir tais atos não seja adequada, de tal forma que a adequação técnicas das normas já existentes seja a maneira mais correta ao enfrentamento das *fake News*. Para a garantia e manutenção do Estado Democrático de Direito é importante que, aliada as tecnologias existentes, esteja também a conscientização da sociedade quanto às informações veiculadas nos diversos meios de comunicação em massa, garantindo sempre os debates e confrontos de ideias de maneira ampla e livre, de modo que os próprios autores consigam discernir entre o certo e o errado, entre a mentira e a verdade.

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina**. São Paulo em Perspectiva, São Paulo, v. 18, n. 1, p.39-48, 2004.

BARBAGALO, Fernando Brandini. **Presunção de inocência e recursos criminais excepcionais: em busca da racionalidade no sistema processual penal brasileiro**. 2015.

BATISTA, Nilo. **Mídia e sistema penal no capitalismo tardio**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 42, p.243-263, 2003.

BRAGA, Lorena Corrêa. **O poder da mídia e seus reflexos na ordem jurídica penal**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 121, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2005.

BURG, Daniel Allan; GREGGO, Marcela. **Criminalização das Fake News pede um novo tipo penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-27/opiniao-criminalizacao-fake-news-tipo-penal>>. Acesso em: 21 de outubro de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito pena, parte geral**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2017

DOS SANTOS FALCONI, Clarissa Manzano; DE OLIVEIRA SOBREIRO, Talita Gouvea. **Liberdade de expressão na era das notícias falsas e manipuladas de conteúdo político-eleitoral**. ETIC- Encontro de Iniciação Científica- ISSN 21-76-8498, v. 14, n. 14, 2018.

DOURADO, Tatiana; GOMES, Wilson. **O que são, afinal, fake news, enquanto fenômeno de comunicação política?** What are, in the end, fake news, as a phenomenon of political communication?.

DE CARVALHO, Gustavo Arthur Coelho Lobo. **O Tratamento Jurídico das Notícias Falsas (fake news)**. 2018

GOFFMAN, Erving. **Estigma – Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**: Título Original: Stigma – Notes on the Management of Spoiled Identity. 4. ed. e: Sabotagem, 1988. Tradução: Mathias Lambert, Data da Digitalização: 2004

GOMES, J. P.; MELO, S. D. **O poder midiático na esfera do Direito Penal: Repercussões de uma sociedade punitiva**. Revista Transgressões, v. 1, n. 2, p. 66-84, 27 jan. 2015.

Gonçalves, Victor Hugo Pereira. **Marco civil da internet comentado**. Victor Hugo Pereira Gonçalves. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.

GRAÇA, Guilherme Mello. Desvelando o Grande Irmão. **Fake News e Democracia: novos desafios do direito constitucional contemporâneo**. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Pelotas, v. 5, n. 1.

GRIGORI, Pedro. **20 projetos de lei no Congresso pretendem criminalizar fake news.** Disponível em :< <https://apublica.org/2018/05/20-projetos-de-lei-no-congresso-pretendem-criminalizar-fake-news/>> Acesso em : 07 de setembro de 2019.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. **Manual de Crimes Informáticos.** São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Marcia Heloisa Tavares de Figueredo. **O estatuto teórico epistemológico do direito à informação no contemporâneo: das dimensões aos limites.** 2013. Disponível em : < <https://periodicos.ufpb.br/index.php/pbcib/article/view/22389> > Acesso em: 26 de setembro 2019.

LOBO, Thaís de Melo; PAIXÃO, Alessandro Gonçalves da; SILVA, Marcos Ricardo da Silva. **Os novos projetos de combate à fake news e os riscos à liberdade de expressão e de imprensa.** Revista Jurídica, [s.l.], v. 18, n. 2, p.149-160, 29 nov. 2018. Revista Jurídica. Disponível em :< <http://dx.doi.org/10.29248/2236-5788.2018v18i2.p149-160>> Acesso em: 26 de setembro 2019.

MCCRAW, David. **Justiça não deve decidir o que é verdadeiro, diz advogado do The New York Times.** [Entrevista concedida a] Alexandre Leoratti. JOTA, São Paulo, 22 ago.2018.Disponível em:<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/justica-decidir-verdadeiro-nyt-22082018> Acesso em 25 set. 2019

Ministros dizem que combate a fake news não pode representar censura. [Entrevista concedida a] Hyndara Freitas. JOTA, Brasília, 06 junh. 2019 . Disponível em :< https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/ministros-dizem-que-combate-a-fake-news-nao-pode-representar-censura-06062019> Acesso em 17 ago. 2019

MORONI, Juliana. **Possíveis impactos de fake news na percepção-ação coletiva.**Complexitas–Revista de Filosofia Temática, v. 3, n. 1, p. 130-160, 2019.

NERY, Déa Carla Pereira. **Teorias da pena e sua finalidade no direito penal brasileiro.** Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, v. 13, n. 2, p. 75-84, 2015

NAZARETH, Rodrigo Trisoglino. **SAÚDE E MÍDIA SOCIAL: As fake News que matam.** Unisanta Law and Social Science, v. 7, n. 3, p. 593-604, 2019.

Nucci, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais.** – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro : Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, Andre. **Manual de direito penal: Parte Geral.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil.** 7. Ed. São Paulo: Atlas S.A, 2014.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Direitos políticos, liberdade de expressão e discurso de ódio: volume I. 2018.

Pena, L. P. J. (2018). **FAKE NEWS: UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DE SUA TRAJETÓRIA INTERNACIONAL, CONSEQUÊNCIAS POLÍTICAS E PERSPECTIVA JURÍDICA**. Revista Dizer, 3(1). Recuperado de <http://www.periodicos.ufc.br/dizer/article/view/39923>

RECUERO, Raquel. **Considerações sobre a Difusão de Informações em Redes Sociais na Internet**. 2007. Intercom Sul. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/3450612/R04641.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1552853043&Signature=FyBLjHtjjFb884uMPEVwAmWt%2F18%3D&responsecontentdisposition=inline%3B%20filename%3DConsideracoes_sobre_a_Difusao_de_Informa.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2019.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli.

SILVA, Cícero Henrique Luís Arantes da. **A MÍDIA E SUA INFLUÊNCIA NO SISTEMA PENAL**. 2006. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/2814/a-midia-e-sua-influencia-no-sistema-penal> >. Acesso em: 17 mar. 2019.

SILVA, Ivan Luiz da. **O bem jurídico-penal como limite material à intervenção criminal**. Revista de Informação Legislativa, -, v. 50, n. 197, p.65-74, 2013.

STEPHANOU, Maria. **O PASSADO SABE MUITO DE NÓS: LABIRINTOS DA OPERAÇÃO HISTORIOGRÁFICA**. Hist. Educ. , Santa Maria, v. 22, n. 55, p. 1-6, agosto de 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S223634592018000200001&lng=en&nrm=iso>. acesso em 26 de setembro de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2236-3459/84559>.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da et al. **RESPONSABILIDADE CIVIL: Responsabilidade Civil na Internet e nos demais Meios de Comunicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVlaw). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502120891/>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

TEIXEIRA, Virginia Melo do Egypto. O limite do direito penal no mundo digital à luz das fake news e da liberdade de expressão. 2018. Disponível em: < <https://repositorio.ufpb.br/jspui/handle/123456789/11552> > Acesso em: 26 de set. 2019;

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo**. Estudos Avançados, v. 30, n. 86, p. 269-285, 2016

ZAFFARONI, E. Raúl et al. **Direito penal brasileiro: teoria do delito, introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2010. 375 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. 320 p. Tradução Sérgio Lamarão.EPUB.